



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA**

Yanguas y Miranda, 27 -2º
31003 PAMPLONA
Tfno. 848 42 29 73
Fax 848 42 29 78
E-mail: tribunal.contratos@navarra.es

Expte.: 21/2014

ACUERDO 34/2014, de 4 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima parcialmente la reclamación en materia de contratación pública presentada por don J.L.O.A., en representación de “UTE EDSA-AUTOCARES ALEGRÍA” y “UTE EDSA-IRUÑABUS”, frente su exclusión de la licitación de los servicios de transporte escolar con vehículos de más de nueve plazas para el Curso Escolar 2013-2014 y la Resolución 300/2014, de 19 de mayo, del Director General de Recursos Educativos, por la que se resuelve parcialmente la citada licitación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante Resolución 838/2013, de 23 de octubre, del Director General de Recursos Educativos del Departamento de Educación del Gobierno de Navarra se aprobó el expediente de contratación de los servicios de transporte escolar con vehículos de más de nueve plazas para el Curso Escolar 2013-2014 y se ordenó iniciar la licitación por el procedimiento abierto superior al umbral comunitario. El anuncio de licitación se publicó el 24 de octubre de 2013.

En el Pliego de Cláusulas Administrativas (PCA) del citado contrato se establece (cláusula 3) que el plazo de ejecución del contrato será entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de agosto de 2014, pudiendo ser prorrogado durante tres períodos más comprendidos desde el 1 de septiembre hasta el 31 de agosto del año siguiente, con una duración máxima de hasta 4 años.

En el procedimiento presentaron oferta, entre otros, los licitadores “UTE EDSA-AUTOCARES ALEGRÍA” y “UTE EDSA-IRUÑABUS”.

SEGUNDO.- La Mesa de Contratación designada al efecto, reunida con fecha 10 de diciembre de 2013, según consta en el acta levantada al efecto, acordó admitir todas las propuestas presentadas al procedimiento de licitación tras la apertura y calificación de la documentación correspondiente al sobre número 1. En este sobre número 1, denominado en el PCA que rige la licitación como “*Documentación acreditativa de la capacidad y de la solvencia del licitador*” debían incluirse por los licitadores, entre otros, según indica el Pliego, los documentos acreditativos de la personalidad y la solvencia económica y financiera y técnica o profesional.

Posteriormente, con fecha 12 de diciembre la Mesa se reúne, según consta en acta, para proceder a la apertura del sobre 2 y asignar las puntuaciones correspondientes a las proposiciones técnicas. Todas las proposiciones son valoradas y la Mesa acuerda anunciar la apertura pública de las ofertas económicas.

Las citadas actas de 10 y 12 de diciembre no constan en el expediente remitido por el Departamento de Educación en este expediente de reclamación R 21/2014, pero sí en el expediente de reclamación R 1/2014, referido a la misma licitación y que finalizó con nuestro Acuerdo 4/2014, de 17 de febrero de 2014.

TERCERO.- Con fecha 18 de diciembre de 2013 se celebró el acto público de apertura de las ofertas económicas presentadas a la licitación, tras el cual la Mesa acordó “*proceder a notificar a todos los licitadores que en base a la puntuación obtenida en las ofertas técnicas y económicas han resultado con la mayor puntuación en cada uno de los respectivos lotes, que de conformidad con lo dispuesto en el apartado noveno de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares han sido propuestos como adjudicatarios, y deberán aportar en el plazo de siete días naturales la documentación que allí se señala.*”

Con fecha 19 de diciembre de 2014 la unidad gestora del contrato evacuó un requerimiento a las reclamantes en el que solicitó la documentación no adjuntada en la fase previa de licitación. Así mismo requirió a las reclamantes una “*relación en la que*

se identifique a todos los vehículos que va a destinar específicamente a la ejecución de cada expediente o lote, así como la siguiente documentación sobre las características técnicas de los vehículos contenidas en su oferta: En lo que se refiere al criterio de adjudicación correspondiente al “Compromiso de no utilizar vehículos con una antigüedad mayor de 10 años y que hayan superado la cifra de 750.000 Km.”, si ha ofertado este compromiso deberá aportar la siguiente documentación... (relacionando la documentación señalada al respecto en la cláusula 9 del PCA).

CUARTO.- Tras la presentación de la documentación requerida la Mesa de Contratación actuante, en sesión celebrada el 30 de diciembre de 2013, acordó solicitar aclaraciones a los licitadores “UTE EDSA-AUTOCARES ALEGRIA” y “UTE EDSA-IRUÑABUS”, al considerar que respecto de los lotes 28/12, 34/13, 39/14, 29/12, 40/14 y 45/16, *”de la documentación presentada se deducen circunstancias que producen dudas en cuanto a la existencia de la cantidad total necesaria de vehículos asignados a los lotes, y en cuanto a la asignación específica individual de cada vehículo a cada lote”.*

“UTE EDSA-AUTOCARES ALEGRIA” y “UTE EDSA-IRUÑABUS”, presentaron las aclaraciones requeridas, pero la Mesa de Contratación, en sesión de 8 de enero de 2014, adoptó el acuerdo consistente en *“revocar la proposición de adjudicación de los lotes 28/12,34/13 y 39/14 del licitador "UTE EDSA AUTOCARES ALEGRIA", y de los lotes 29/12, 40/14 y 45/16, correspondientes al licitador "UTE EDSA-IRUÑABUS", y considerar a ambos licitadores excluidos del proceso de adjudicación de estos contratos, a los que se les aplicaran las medidas legales previstas en los Pliegos, y consecuentemente proceder a comunicar a los siguientes licitadores que han sido propuestos como adjudicatarios concediéndoles un plazo de siete días naturales para la aportación de la documentación requerida en el apartado nueve de los Pliegos.”*

Frente a este acuerdo de la Mesa de Contratación don J.L.O.A., en representación de “UTE EDSA-AUTOCARES ALEGRIA” Y “UTE EDSA-IRUÑABUS”, interpuso reclamación en materia de contratación pública. Dado que en la reclamación no se solicitó la medida cautelar de suspensión del procedimiento, este

siguió su curso y, con fecha 3 de febrero de 2014, el Director General de Recursos Educativos dictó su resolución 37/2014, por la que resolvió parcialmente la contratación correspondiente a los lotes 28/12, 29/12, 34/13, 39/14, 40/14 y 45/16.

La reclamación fue estimada por este Tribunal, mediante Acuerdo 4/2014, de 17 de febrero de 2014.

QUINTO.- En ejecución del Acuerdo 4/2014, el Director General de Recursos Educativos, mediante Resolución 118/2014 de 28 de febrero, anuló su Resolución 37/2014, de 3 de febrero, requiriendo a la Mesa de Contratación actuante que procediera a valorar nuevamente los documentos y valoraciones efectuados por los licitadores a los efectos de alcanzar un nuevo acuerdo que contenga una propuesta de adjudicación.

La Mesa de Contratación, en sesión celebrada el día 4 de marzo de 2014, acordó *“comunicar a todos los licitadores afectados en el proceso de adjudicación de los lotes 28/12, 29/12, 39/14, 40/14 y 45/16, toda la documentación presentada que afecta al proceso de adjudicación”*, otorgándoles un plazo de cinco días para alegaciones. Así mismo, acordó *“solicitar un informe sobre los vehículos aportados por “UTE EDSA-AUTOCARES ALEGRIA” Y “UTE EDSA-IRUÑABUS” al servicio de Transportes del Departamento de fomento, sobre si dichos licitadores disponían a fecha 27 de diciembre de 2013 de la “autorización de transporte regular de uso especial”, en concreto de la acreditación de aptitud de los vehículos presentados, y si disponen de ella, desde qué fecha”*.

SEXTO.- Con fecha 27 de marzo de 2014 el Servicio de Transportes del Departamento de Fomento emite su informe, en el que, en síntesis, se dice lo siguiente:

- Las autorizaciones de transporte regular de uso especial se otorgan a personas físicas o jurídicas que previamente sean titulares de una autorización de transporte público de viajeros, y no a los vehículos propiamente dichos.

- El otorgamiento de dichas autorizaciones estará supeditado a que la empresa transportista haya convenido previamente con los usuarios o sus representantes la realización del transporte a través del oportuno contrato o precontrato. Teniendo en cuenta que el procedimiento de adjudicación del contrato está sin finalizar no puede atenderse a lo consultado.

- En cuanto a la acreditación de la aptitud de los vehículos, regulada en la Orden Foral 778/2001, de 5 de septiembre, del Consejero de Obras Públicas, Transportes y Comunicaciones, por la que se regula la concesión de autorizaciones para la realización de transportes regulares interurbanos de uso especial para escolares, con anterioridad a la solicitud de autorización, el empresario deberá acreditar que los vehículos cumplen los requisitos exigidos en el Real decreto 443/2011, presentando la documentación necesaria en el Servicio de Transportes, que expedirá la acreditación de aptitud. Revisada la documentación obrante en el Servicio, este informa que a fecha 27 de diciembre se encontraban acreditados nueve vehículos de los presentados.

SÉPTIMO.- Atendiendo el requerimiento de 4 de marzo de 2014 de la Mesa de Contratación, presentaron alegaciones las empresas “UTE EDSA-AUTOCARES ALEGRIA” Y “UTE EDSA-IRUÑABUS”, “LA BURUNDESA, S.A.”, ”CONDA, S.A.”, “UTE TE COMARCA” y “UTE TE ARGÁ”.

OCTAVO.- Reunida la Mesa de Contratación con fecha 2 de abril de 2014, acuerda, en síntesis, lo siguiente:

1) Conforme al apartado 9 del PCA los licitadores que han sido propuestos como adjudicatarios deben presentar una relación de los vehículos en la que se identifique a todos los vehículos que va a destinar específicamente a la ejecución de cada expediente o lote. Dichos vehículos, en el supuesto de que no coincidan con los vehículos determinados en la fase de acreditación de la solvencia técnica, participan exactamente de las mismas condiciones exigidas para el cumplimiento de la misma y así:

- a) Podrán designarse otros vehículos diferentes a los designados en la fase de solvencia pero siempre que sean de titularidad de las empresas que forman las UTES o de las empresas que ellas han señalado como subcontratistas o colaboradores en dicha fase.
- b) En la relación no podrán figurar vehículos que no cuenten con la documentación necesaria para circular por la red de carreteras de la Comunidad Foral de Navarra.
- c) La demostración del cumplimiento de estos requisitos debe ajustarse a las fechas establecidas para todos los licitadores en el momento de presentación de la documentación.

2) Analizada la documentación presentada en plazo por “UTE EDSA-AUTOCARES ALEGRIA” y “UTE EDSA-IRUÑABUS”, relativa a los lotes 28/12, 34/13, 39/14, 29/12, 40/14 y 45/16, se comprueba *“su completo desajuste e incumplimiento con las exigencias derivadas de los requisitos establecidos por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares”* y así:

- a) De los 37 vehículos presentados por los dos licitadores, que se asignan indistintamente a los seis lotes de referencia, solamente 11 son de titularidad de las empresas que componen las UTES y del resto ninguno corresponde a empresas designadas en la fase de acreditación de la solvencia como subcontratistas o colaboradoras. De esta información la Mesa dispone tras las denuncias de otros licitadores y la petición de aclaraciones a las citadas UTES.
- b) El representante de la empresa “EDSA” aporta en las alegaciones a las denuncias presentadas contratos de compraventa de los 26 vehículos ajenos a las UTES y sus colaboradores, entendiéndose la Mesa que esos contratos no determinan la titularidad del vehículo y, consecuentemente, la disponibilidad de

estos medios “*ya que se trata de un compromiso de compra que puede ser revocado mediante el abono de una penalización, sin que tal compromiso determine la titularidad del vehículo (se han aportado certificados del Registro General de Vehículos de la Dirección General de Tráfico ... que nos indican a la entidad o al sujeto propietario... que en ningún caso es alguna de las empresas constitutivas de la UTE, o de sus dos empresas colaboradoras)*”.

- c) Las empresas titulares de los 26 vehículos no aportados por las dos UTEs propuestas como adjudicatarias (“IRUÑABUS, S.L.”, “VOLVO ESPAÑA, S.L.” E “INDUSTRIAS TÉCNICAS DE AUTOMOCIÓN Y REPUESTOS, S.L.”) carecen en la fecha de terminación del plazo de presentación de la documentación de autorización de transporte de viajeros, según informa el Servicio de Transportes, por lo que no habría forma legal para poder participar en la licitación de un contrato cuyo objeto fuera la prestación de un servicio público de transporte de viajeros.
- d) De los 37 vehículos asignados para la prestación de los seis contratos, solo 9 de ellos disponen del requisito esencial de Acreditación de aptitud de los vehículos.

Por todo ello, de conformidad, según dice, con lo dispuesto en el artículo 54.4, párrafo segundo, de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP) la Mesa acuerda la exclusión de las UTEs “UTE EDSA-AUTOCARES ALEGRIA” y “UTE EDSA-IRUÑABUS”, del procedimiento de contratación de los lotes 28/12, 34/13, 39/14, 29/12, 40/14 y 45/16, por incumplimiento en la presentación de la documentación necesaria para poder ser adjudicatario de los mismos, y la aplicación de las medidas legales previstas para dicha circunstancia en el mencionado artículo de la Ley Foral.

3) Finalmente, habiendo recibido la Mesa de Contratación un escrito de un licitador en el que se manifiesta que la asignación de puntos a los licitadores “UTE EDSA-AUTOCARES ALEGRIA” (lote 28/12) , “UTE EDSA-IRUÑABUS” (lotes

29/12, 31/13, y 40/14) y “EDSA” (lote 38/13) en relación con el criterio “*Oferta de disposición de instalaciones a menos de 35 kilómetros del centro escolar*” no se ajusta a lo previsto en el pliego, la Mesa acuerda retirar los puntos asignados por este criterio a los licitadores referidos, procediendo a modificar las puntuaciones asignadas y a retirar las propuestas de adjudicación de los lotes 28/12 al licitador “UTE EDSA-AUTOCARES ALEGRIA”, 29/12 y 40/14 al licitador “UTE EDSA-IRUÑABUS” por no haber alcanzado la puntuación más alta.

El acta de 2 de abril de 2014 fue comunicada a las reclamantes por correo certificado el 16 del mismo mes. En dicha comunicación no se indicó si los acuerdos adoptados eran o no definitivos en vía administrativa, ni los recursos que proceden contra los mismos ni el órgano ante el que hubieran de presentarse, ni el plazo para interponerlos.

NOVENO.- Mediante Resolución 300/2014, de 19 de mayo, del Director General de Recursos Educativos, se resuelve parcialmente la contratación para parte del Curso Escolar 2013/2014 de determinados expedientes de transporte escolar realizados con vehículos de más de 9 plazas. La Resolución se dicta conforme a la propuesta efectuada por la Mesa de Contratación en sesión celebrada el 30 de abril.

En dicha Resolución se menciona que los licitadores “UTE EDSA-AUTOCARES ALEGRIA” y “UTE EDSA-IRUÑABUS” han sido excluidos por la Mesa de Contratación del proceso de contratación al considerar que no han aportado la documentación necesaria para poder ser adjudicatarios de los lotes 28/12, 29/12, 34/13, 39/14, 40/14 y 45/16, dado que, sustancialmente, la documentación presentada no demuestra ni la titularidad o disposición de los mismos, ni que los vehículos presentados posean los requisitos legales necesarios para poder ser aportados válidamente. Así mismo, consta en la Resolución que de las alegaciones presentadas por los licitadores ante la Mesa de Contratación se ha procedido a rectificar las puntuaciones asignadas en la fase de valoraciones técnicas.

Finalmente, en la Resolución se adjudican los lotes 28/12, 29/12, 34/13, 39/14, 40/14 y 45/16 a los licitadores que alcanzaron la siguiente máxima puntuación tras los licitadores excluidos y se procede a incautar las garantías provisionales aportadas por los licitadores “UTE EDSA-AUTOCARES ALEGRIA” y “UTE EDSA-IRUÑABUS”, correspondientes a los lotes citados, en aplicación de lo establecido en el apartado sexto, en la parte correspondiente al “*sobre número 1*”, letra g) del PCA.

Esta resolución se notifica a las reclamantes con fecha 26 de mayo de 2014.

DÉCIMO.- Con fecha 5 de junio de 2014 don J.L.O.A., en representación de “UTE EDSA-AUTOCARES ALEGRIA” y “UTE EDSA-IRUÑABUS” interpone reclamación en materia de contratación pública frente al acuerdo de la Mesa de Contratación de 2 de abril de 2014 y frente a la Resolución 300/2014, de 19 de mayo, precitadas.

En primer lugar, alega que el acuerdo de la Mesa de 2 de abril de 2014 no fue notificado correctamente ya que no se indicaron los recursos pertinentes contra el mismo y seguidamente pone de manifiesto la falta de claridad del pliego y la confusión que existe en el mismo, por ejemplo, entre la fase de solvencia técnica y admisión; la de propuesta técnica e incluso la forma de ejecución del contrato.

Tras estas cuestiones pasa a motivar su reclamación en los siguientes argumentos, que recogemos de forma sucinta:

a) La base de la exclusión es el artículo 54.4, párrafo segundo, de la LFCP, precepto que en ningún caso da cobertura a la decisión tomada ya que el precepto es de aplicación en el supuesto de que diversa documentación de solvencia “*se sustituya por una declaración responsable del licitador*” en el pliego, supuesto que no se da en este caso. Por ello, la previsión del pliego relativa a la relación de vehículos debe interpretarse en sede de forma de ejecución del contrato, pero no como documentación de solvencia técnica, ni su sustitución.

b) En relación con el argumento de la Mesa de que los vehículos que se van a utilizar en el contrato no son de titularidad de las empresas participantes en las UTES, ni de ninguna de las empresas subcontratistas o colaboradoras considera, en primer lugar, *“que la fase de admisión, solvencia, y de incluso adjudicación ya ha finalizado cuando se exige en el pliego la relación de vehículos que se va a utilizar en cada lote”*. Además, señala, *“el pliego no exige en ningún momento titularidad alguna sobre los vehículos (que es lo que indica la Mesa) con ocasión de la presentación de la relación de vehículos que va a asignar a la ejecución de cada lote, a lo sumo habla (en la cláusula 9 del PCA) de “disposición” y de los que se van a destinar”*. Por ello, la interpretación de la Mesa y del órgano de contratación *“infringe el pliego al exigir, a priori, algo que el pliego no exige, aun menos en dicho momento o fase.”*

Finalmente, en relación con la titularidad de los vehículos indica que se aportaron contratos de compraventa de los vehículos, que *“se perfeccionan con su firma, dando desde ese momento la disposición sobre los vehículos e incluso la transmisión de titularidad (véanse, en este sentido los arts. 1.450 y 1.463 del Código Civil). Una condición resolutoria no quita efectos al contrato de compraventa ni a la transmisión, todo lo contrario”*.

c) En relación con la falta de aptitud de los vehículos afirma que *“la cláusula 9 no establece ni recoge, en ningún caso, que con la relación de vehículos que se va a destinar específicamente a la ejecución del contrato se debe acompañar esa documentación, ni que deba concurrir y existir en dicho momento. Esta previsión existe para la documentación de la solvencia y por mis mandantes se aportó y se admitió por la Mesa de Contratación. En este momento posterior, en cambio, nada se exige en dicho sentido; nótese que ya no estamos en fase de solvencia técnica, sino de forma o condiciones de ejecución del contrato”*.

d) Afirma también que la interpretación que efectúa la Administración de la acreditación de los vehículos es del todo incorrecta. Al respecto señala que la Mesa, en

su acuerdo, *“hace referencia a la cláusula 6, sobre 1, apartado c), pero obvia que el mismo hace referencia a “acreditación... tanto con respecto a la empresa como a los vehículos”, pues bien si la empresa en puridad no la obtiene sino con los contratos e itinerarios, es claro que dicha cláusula, a la luz de la normativa de aplicación, no puede llevar a la necesidad imperiosa, en este momento, de dicha acreditación. Es una interpretación que contraría la literalidad de la norma y escapa de la misma regulación conjunta de la misma (una autorización, dos documentos)”*.

En relación con el asunto también trae a colación los principios interpretativos que dimanar de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, así como la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado: en la primera el principio esencial de proporcionalidad en el establecimiento y exigencia de autorizaciones, incluso al momento de su exigencia, y en la segunda los principios de necesidad y proporcionalidad en la exigencia de autorizaciones por las Administraciones, en concreto exigiendo que sea de la forma menos restrictiva o distorsionadora. Por ello, entiende que *“excluir a las reclamantes por una supuesta falta de acreditación de vehículos no exigida en el pliego, que forma parte de una autorización final que solo puede otorgarse con la adjudicación del contrato, vulnera, de forma clara dichos principios y con ellos los de publicidad, transparencia e igualdad en la contratación, así como los criterios de adjudicación”*.

e) Sobre la decisión subsidiaria de la Mesa de retirar determinados puntos en la valoración, las reclamantes afirman que la nave indicada en su oferta cumple con las exigencias del pliego y alega que las instalaciones ofertadas por otros licitadores no lo hacen.

UNDÉCIMO.- Por Acuerdo 30/2014, de 10 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, se admitió a trámite la reclamación interpuesta y se solicitó al órgano de contratación la aportación del expediente.

DUODÉCIMO.- El día 20 de junio de 2014 se recibe el expediente de contratación, junto con las alegaciones de la entidad reclamada en las que se remite a lo argumentado por la Mesa de Contratación y recogido en sus correspondientes actas a lo largo del proceso de licitación y plasmado en la referida Resolución 300/2014, de 19 de mayo.

DÉCIMO TERCERO.- Con fecha 23 de junio de 2014 se da trámite de audiencia al resto de las partes interesadas en el expediente para que puedan presentar alegaciones y aportar y solicitar las pruebas que consideren oportunas en defensa de su derecho. Formulan alegaciones “UTE T.E ARGA”, “UTE T.E. COMARCA” y “UTE RONCAL”, todas ellas en apoyo de la actuación de la Mesa de Contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las cuestiones formales referentes a la admisibilidad de la reclamación ya fueron examinadas en el Acuerdo 30/2014, de 10 de junio, de este Tribunal, por lo que no procede reproducirlas en este momento.

SEGUNDO.- Antes de entrar en el fondo de la reclamación es preciso resolver alguna cuestión previa.

En primer lugar, como se señala en el antecedente octavo, el acuerdo de exclusión de las reclamantes, adoptado por la Mesa de Contratación con fecha 2 de abril de 2014, les fue notificado por correo electrónico el día 16 del mismo mes y éstas interponen la reclamación ante este Tribunal con fecha 5 de junio de 2014, es decir, rebasado ampliamente el plazo de diez días naturales que el artículo 210, apartado 2, letra b) de la LFCP establece para interponer una reclamación en materia de contratación pública contra un acto de exclusión de un licitador.

En la citada comunicación no se indicó si los acuerdos adoptados eran o no definitivos en vía administrativa, ni los recursos que procedían contra los mismos, ni el

órgano ante el que hubieran de presentarse, ni el plazo para interponerlos, incumpliendo, de este modo, las previsiones del artículo 58, apartado 2, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC).

Por ello, dicha exclusión no supone un acto firme y consentido por las reclamantes ya que consolidada jurisprudencia determina que si la Administración notifica de forma defectuosa el acto administrativo, el plazo para interponer recurso queda abierto de forma indefinida para el interesado (por todas la Sentencia del 18 de mayo de 2012 de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo). Como dispone el apartado 3 del citado artículo 58 de la LRJPAC, estas notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda.

Por tanto, la reclamación contra el acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa debe ser admitida en este momento.

TERCERO.- Como ya señalamos en nuestro Acuerdo 49/2013, de 17 de diciembre, “...es relevante poner de manifiesto, resumidamente, las diferencias conceptuales que existen entre solvencia técnica, criterio de adjudicación y condición de ejecución o prescripción técnica cuya comprensión es fundamental en los asuntos enjuiciados.

La solvencia técnica pretende garantizar que el licitador concurrente reúne la adecuada capacidad técnica y profesional y, en definitiva, que dispone de la aptitud necesaria para la ejecución de los contratos. Los medios que cabe exigir para ello son exclusivamente los previstos en el artículo 14 de la LFCP que derivan de los

enumerados en el artículo 48 de la Directiva 2004/18/CEE (sentencia del TJCE de 10 de febrero de 1982, asunto 76/1981, Transporoute).

Se trata de la primera fase del procedimiento de adjudicación que consiste en verificar la aptitud de los operadores económicos admitidos al procedimiento de contratación mientras que la segunda consiste en la adjudicación del contrato, que debe realizarse basándose en los criterios de adjudicación establecidos (Informe 6/2011, de 5 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña). Ello siguiendo fundamentalmente la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 1988 (asunto C 31/87 - "Beentjes").

(...)

Finalmente, debe aludirse a las condiciones de ejecución del contrato que pueden venir previstas tanto en el pliego de condiciones administrativas como, más normalmente, en el pliego de prescripciones técnicas, que son obligaciones que se introducen para el adjudicatario del contrato y cuya razón de ser es su necesidad para la ejecución correcta del mismo o por la introducción de mejoras fundamentales con respecto a su objeto.”

En cada una de las fases del procedimiento de adjudicación la Mesa de Contratación ejerce las funciones que la norma le asigna (artículo 61 de la LFCP): calificación de la documentación relativa a la personalidad; valoración de la solvencia; admisión y, en su caso, selección de los empresarios; valoración de la oferta técnica; celebración de la apertura pública de las ofertas económicas; valoración de la concurrencia de una oferta anormalmente baja, solicitar al licitador a cuyo favor vaya a recaer la propuesta de adjudicación la aportación de la documentación necesaria de acuerdo con el pliego de cláusulas administrativas particulares y, finalmente, elevar la propuesta de adjudicación del contrato al órgano de contratación. Cada fase puede iniciarse cuando haya finalizado la anterior y los acuerdos adoptados por la Mesa a lo largo del procedimiento producen efectos desde el mismo momento en que se dictan (art. 57 de la LRJPAC).

En el caso que nos ocupa, como se recoge en los antecedentes segundo y tercero, todos los licitadores fueron admitidos a la licitación por acreditar su capacidad y solvencia, siendo todas sus ofertas técnicas admitidas y valoradas y todas sus ofertas económicas también admitidas y valoradas.

CUARTO.- Como se refiere en el antecedente tercero, la entidad adjudicadora, cumpliendo las prescripciones del PCA (cláusula novena), remitió con fecha 19 de diciembre de 2013 un requerimiento a los licitadores que iban a ser propuestos como adjudicatarios en los siguientes términos:

“...se le requiere para que presente en el plazo máximo e improrrogable de 7 días naturales, contados a partir del día siguiente a su notificación (que será realizada al correo electrónico designado como dirección de notificación en su oferta) de la documentación no adjuntada en la fase previa de licitación (apartado f del sobre nº 1).

En el mismo plazo, deberá presentar una relación en la que se identifique a todos los vehículos que va a destinar específicamente a la ejecución de cada expediente o lote, así como la siguiente documentación sobre las características técnicas de los vehículos contenidas en su oferta: En lo que se refiere al criterio de adjudicación correspondiente al "Compromiso de no utilizar vehículos con una antigüedad mayor de 10 años y que hayan superado la cifra de 750.000 Km.", si ha ofertado este compromiso deberá presentar la siguiente documentación:

a) Informe emitido por una entidad, sociedad o taller homologados de conformidad con la normativa de aplicación sobre autorización, reparación y revisión de tacógrafos, que indique o señale que en base a sus criterios técnicos la cifra de kilómetros recorridos por los vehículos asignados a la prestación del servicio corresponde a la señalada en el cuentaquilómetros de los propios vehículos, y que dicha cifra no supera los 750.000 Km.

b) Presentación de una declaración del licitador señalando que los cuentaquilómetros de los vehículos con los que pretende realizar el servicio de transporte

escolar de este lote, no han sido manipulados o alterados irregularmente, ni han sido sustituidos desde la fecha de alta del vehículo (o si han sido sustituidos, que la cifra de kilómetros señalada por el instrumento sustituido ha sido tenida en cuenta en la cantidad total asignada a este vehículo) y que la cifra actual de kilómetros que señala corresponde con la realidad de los kilómetros realizados por estos vehículos.

Recibida la documentación requerida y las alegaciones de los licitadores (antecedentes quinto y séptimo), con fecha 2 de abril la Mesa acuerda (antecedente octavo) de conformidad, según dice, con lo dispuesto en el artículo 54.4, párrafo segundo, de la LFCP la exclusión de las UTES “UTE EDSA-AUTOCARES ALEGRIA” y “UTE EDSA-IRUÑABUS”.

Como bien señalan las reclamantes, la exclusión se ampara en el artículo 54.4, párrafo segundo, de la LFCP, y esta norma no puede amparar la citada decisión ya que es de aplicación en un supuesto claramente determinado y distinto del que ahora enjuiciamos. Así, la norma dispone:

“4. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán establecer que la aportación inicial de la documentación requerida en las letras a), d) y e) del apartado 1 de este artículo (respectivamente, personalidad y representación, solvencia y cumplimiento de obligaciones tributarias y de seguridad social) se sustituya por una declaración responsable del licitador indicando que cumple las condiciones exigidas para contratar. En tal caso, el licitador a cuyo favor vaya a recaer la propuesta de adjudicación deberá acreditar la posesión y validez de los documentos exigidos en el plazo máximo de siete días desde que la mesa de contratación o la unidad gestora del contrato, en su caso, le notifiquen tal circunstancia.

La falta de aportación de la documentación necesaria en dicho plazo supondrá la exclusión del licitador del procedimiento, con incautación de las garantías constituidas para la licitación o con abono por parte de éste de una penalidad

equivalente al 5 por 100 del importe estimado del contrato e indemnización complementaria de daños y perjuicios en todo lo que exceda dicho porcentaje.”

Es claro que el precepto será de aplicación cuando la documentación acreditativa de la solvencia haya sido sustituida en la fase de admisión por una declaración responsable del licitador indicando que cumple las condiciones exigidas para contratar. Pero esto no se ha dado en el caso que nos ocupa ya que en el PCA que rige la licitación, en su cláusula quinta, se recogen los niveles mínimos de solvencia que se exigen y los medios para poder acreditar su cumplimiento, determinando su cláusula sexta, en el apartado denominado “*Sobre número 1: Documentación acreditativa de la capacidad y de la solvencia del licitador*”, letra f), que en los sobres se deberán incluir los “*documentos que justifiquen la solvencia económica y financiera, técnica o profesional descritos en el citado apartado cinco*”. En consecuencia, todos los licitadores debieron aportar la documentación acreditativa de la solvencia, sin que fuera válida la aportación de declaraciones responsables en su lugar, por lo que la aplicación del artículo 54.4 en este caso carece de fundamento.

No obstante, pese a que motivar las exclusiones en el citado precepto no se ajusta al ordenamiento jurídico, dichos actos pudieran tener su justificación en otros preceptos o en el propio PCA que, aprobado por la Administración y aceptado expresamente por el licitador al presentar su proposición, constituye la ley del contrato y vincula, según una constante y consolidada jurisprudencia, tanto a la Administración contratante como a los licitadores.

QUINTO.- El primer motivo de exclusión que la Mesa aduce es que en la relación de vehículos que presentan las reclamantes para la ejecución del contrato solamente once son de titularidad de las empresas que componen las UTES y del resto ninguno corresponde a empresas designadas en la fase de acreditación de la solvencia como subcontratistas o colaboradoras ni consta su disponibilidad ya que los contratos de compraventa que se aportan son un “*compromiso de compra que puede ser revocado*

mediante el abono de una penalización, sin que tal compromiso determine la titularidad del vehículo”.

De contrario, las reclamantes afirman que el PCA no exige *“titularidad alguna sobre los vehículos con ocasión de la presentación de la relación de vehículos que va a asignar a la ejecución de cada lote”*. Por ello, entiende, la interpretación de la Mesa y del órgano de contratación *“infringe el pliego al exigir, a priori, algo que el pliego no exige, aun menos en dicho momento o fase.”* A mayor abundamiento afirma que los contratos de compraventa de los vehículos *“se perfeccionan con su firma, dando desde ese momento la disposición sobre los vehículos e incluso la transmisión de titularidad (véanse, en este sentido los arts. 1.450 y 1.463 del Código Civil). Una condición resolutoria no quita efectos al contrato de compraventa ni a la transmisión, todo lo contrario”*.

En este punto debemos dar la razón a las reclamantes, aunque no comparta este Tribunal su afirmación de ostentar en este momento la disponibilidad de los vehículos ya que si bien en nuestro ordenamiento la venta se perfecciona mediante la firma del contrato (artículo 1.450 del Código Civil) no es menos cierto que la adquisición de la propiedad de la cosa vendida exige la entrega o *tradición* de la misma (artículo 1.462 del Código Civil, sistema del título y modo), de forma que si no se da ésta no se transmite el dominio y mucho menos la posesión. En consecuencia, la mera firma del contrato de compraventa no permite afirmar que el comprador dispone de la cosa.

No obstante, aciertan las reclamantes cuando afirman que el PCA no exige en este momento procesal que el aspirante a adjudicatario acredite la disponibilidad de los vehículos sino solamente que exprese qué vehículos destinará a la ejecución del contrato, pudiendo, por tanto, alcanzar su disposición justamente antes de iniciar la ejecución del mismo.

Otra cosa será que cuando se inicie la ejecución del contrato no ostente por sí o por sus subcontratistas o colaboradores designados en su proposición la citada

disponibilidad puesto que en ese caso estará infringiendo la cláusula 16 del PCA, que, al amparo del artículo 110 de la LFCP, prohíbe la subcontratación salvo cuando el licitador en el momento de acreditar su solvencia haya presentado una relación exhaustiva de los subcontratistas en los términos establecidos en el artículo 15 de la Ley Foral. A estos efectos es también determinante que, conforme a la cláusula undécima del PCA, apartado a), es obligación del adjudicatario dedicar durante toda la vigencia del contrato a la ejecución de cada expediente o lote los vehículos incluidos en la relación a que se refiere la cláusula novena, salvo que su sustitución sea autorizada por la Administración, por lo que ostentar la citada disponibilidad en ese momento será inexcusable para el adjudicatario.

SEXTO.- La segunda cuestión que se plantea es la necesidad de acreditación de la aptitud de los vehículos presentados.

Como ya adelantamos en nuestros Acuerdos 49/2013, de 17 de diciembre, y 4/2014, de 17 de febrero, referidos a esta misma licitación, existe en el PCA una confusión entre criterios de solvencia, criterios de adjudicación y condiciones de ejecución que ahora tiene sus efectos en la adjudicación.

Ejemplo claro de esta confusión es el que encontramos en la cláusula quinta, denominada “*requisitos mínimos de solvencia*”, en cuyo apartado 2, referido a la solvencia técnica, se indican los medios para acreditar la solvencia técnica, entre los cuales se incluye el siguiente:

“b) Relación de los vehículos de que dispone el licitador, especificando de cada uno de ellos, su matrícula, y el personal y conductores, con que cuenta el licitador o los licitadores en participación conjunta. Teniendo siempre presente de que no podrán utilizarse en la prestación del objeto de este contrato, y en consecuencia con lo anterior no podrán figurar en esta relación, vehículos que no cuenten con la documentación necesaria y obligatoria para poder circular por la red de carreteras de la Comunidad Foral de Navarra.”

En este apartado, además de indicar los requisitos que deben cumplir los vehículos de los que dispone el licitador para acreditar su solvencia, se está también expresando una clara condición de ejecución del contrato, a saber: no podrán utilizarse en la ejecución vehículos que no cuenten con la documentación necesaria y obligatoria para poder circular por la red de carreteras de la Comunidad Foral de Navarra. Se trata de una condición *sine qua non* para poder utilizar los vehículos en la ejecución del contrato.

La mesa de Contratación fundamenta también la exclusión en que en el caso de 26 de los vehículos incluidos en la relación las empresas titulares de los mismos (“IRUÑABUS, S.L.”, “VOLVO ESPAÑA, S.L.” E “INDUSTRIAS TÉCNICAS DE AUTOMOCIÓN Y REPUESTOS, S.L.”) carecen en la fecha de terminación del plazo de presentación de la documentación de autorización de transporte de viajeros, según informa el Servicio de Transportes, por lo que no habría forma legal para poder participar en la licitación de un contrato cuyo objeto fuera la prestación de un servicio público de transporte de viajeros y que de los 37 vehículos asignados para la prestación de los seis contratos, solo 9 de ellos disponen del requisito esencial de Acreditación de aptitud de los vehículos.

Por su parte, las reclamantes significan que la cláusula 9 no establece ni recoge, en ningún caso, que con la relación de vehículos que se va a destinar específicamente a la ejecución del contrato se debe acompañar esa documentación, ni que deba concurrir y existir en dicho momento, apostillando que *“ya no estamos en fase de solvencia técnica, sino de forma o condiciones de ejecución del contrato”*.

Y nuevamente tenemos que inclinarnos hacia la posición de las reclamantes dado que, como en el motivo de exclusión anterior, el PCA no exige que se acredite en este momento que se cuenta con autorización de transporte de viajeros ni con acreditación de aptitud de los vehículos relacionados.

Como en el caso anterior tales exigencias deberán cumplirse cuando se inicie la ejecución del contrato.

Como acertadamente señala la Mesa de Contratación en el acta de la sesión celebrada el día 4 de marzo de 2014, el artículo 59.1 de la LFCP establece que la Mesa de Contratación interviene en la tramitación hasta que se produce la adjudicación del contrato, por lo que no puede entrar de ninguna manera en analizar una cuestión referida a la fase de ejecución.

Igualmente, compartimos la opinión de la Mesa cuando señala en la misma acta que *“el artículo 61 del mismo texto legal, determina las funciones asignadas a las Mesas de Contratación, sin que en ninguna de ellas figure la posibilidad de analizar y valorar como y de que forma se debe realizar la prestación del contrato, es decir, como y de que forma el adjudicatario pretende ejecutar el objeto contractual, con que medios materiales y humanos considera el momento de la realización práctica del servicio puede cumplir con la prestación contratada. En consecuencia con lo anterior, la Mesa de Contratación valora la aportación válida o no de la documentación que establece el Pliego de Cláusulas Administrativas, tanto en el fondo como en la forma, pero no puede entrar a valorar de ninguna manera, la forma o el contenido del modo de ejecutar el contrato, cuestión que compete a la unidad administrativa competente en el proceso de gestión del servicio que se presta”*.

SÉPTIMO.- Dentro de la cláusula sexta del PCA, denominada *“NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE LAS PROPUESTAS”*, en el apartado *“SOBRE NÚMERO 2, “DOCUMENTACIÓN TÉCNICA”*, se indica que se podrá presentar, entre otras, la siguiente documentación acreditativa de los criterios de adjudicación:

“6º) Documentación que acredite que el licitador dispone a la fecha de presentación de la documentación para la licitación del contrato, así como de que mantendrá durante toda la duración de la prestación del contrato, de instalaciones fijas, localizadas en un radio máximo de 35 kilómetros contados en línea recta a los

centros escolares de los lotes a los que se presente. Estas instalaciones (naves u otro tipo de edificaciones cerradas) deberán contar necesariamente con aparcamiento cubierto para todos los vehículos con los que se presta el contrato, con una superficie de 75 metros cuadrados por autobús ofertado y mantenimiento básico. En la valoración de las instalaciones se tendrá en cuenta la capacidad total de las mismas en función del número de vehículos requeridos por los lotes ofertados exclusivamente por su titular, y en los que participe conjuntamente si la misma instalación se oferta para la asignación de puntos en este apartado.

En la documentación a presentar, se incluirá, para poder ser valorado, documento que certifique la titularidad o disponibilidad de la instalación, la licencia de apertura emitida por la entidad local donde se encuentre situada la instalación, una descripción detallada de los servicios de que dispone, así como una declaración del licitador de la distancia existente entre la instalación y el centro escolar destinatario de la ruta sobre la que se presente oferta.”

En la cláusula octava del PCA “Criterios de adjudicación”, se encuentra el “criterio de instalaciones”, con una puntuación máxima de 10 puntos.

Dentro de su proposición las reclamantes presentaron para que fuera valorada a estos efectos una nave emplazada en el Polígono Industrial de Ezcabarte en la localidad de Oricaín (Navarra), calle S, nº 2, 4 y 6, con una superficie, según se indica en las proposiciones (documentos número 7 y 11 del expediente), de 3.559,92 metros cuadrados, con oficinas de 889,2 metros cuadrados.

Dicha nave fue valorada por la Mesa de Contratación conforme a la cláusula octava citada.

En relación con la citada nave y con la adjudicación de los lotes 28/12, 29/12, 31/13, 38/13 y 40/14, como se expone en el antecedente octavo, la Mesa recibió un escrito fechado el 27 de diciembre de 2013 y remitido por “UTE T.E. COMARCA” y “UTE T.E. ARGA” (documento número 36 del expediente) en el que se alega que la nave aportada por “UTE EDSA-AUTOCARES ALEGRÍA” y “UTE EDSA-IRUÑABUS” no cumple con los requisitos exigidos ya que debería tener una superficie cubierta de, al menos, 3.075 metros cuadrados y solamente dispone de 2.520 metros cuadrados de superficie cubierta (y otros 600 metros cuadrados de superficie descubierta o patio). Según la denunciante, *“la dimensión mínima requerida resulta de la suma de la superficie requerida en los 5 expedientes referenciados a saber 28/12 requiere de 975 m²; el expediente 29/12 requiere de 525 m²; el expediente 31/13 requiere de 450 m²; el expediente 38/13 requiere de 150 m² y el expediente 40/14 requiere de 975 m², lo que hace un total de 3.075 m² requeridos para el total de dichos expedientes”*.

Por ello, las alegantes solicitan que se excluya a las mercantiles Eugenio Diez, S.A. (EDSA), Iruñabus, S.L. y a las UTES en que participa por incurrir en falsedad o subsidiariamente se modifique la puntuación dada.

De las alegaciones la Mesa de Contratación dio cuenta a las ahora reclamantes y estas, en escrito presentado el 20 de enero de 2014 (documento 38 del expediente) alegaron que en los documentos aportados no existe falsedad, que la nave está completamente cerrada y que tiene una superficie de 3.559 m², pudiendo describirse de la siguiente forma:

- Una parte de 444,40 m² con entreplantas, completamente cerrada y cubierta;
- El resto de la nave tiene una superficie total de 3.114,80. Esta parte restante de la nave está completamente cerrada, pudiendo señalarse que de la misma, 2.542,98 m² están completamente cubiertos y 571,82 en este momento no están cubiertos,

aunque cuentan con licencia de obras, son fácilmente ejecutables y así lo piensan efectuar.

La Mesa de Contratación acordó retirar los puntos asignados por este criterio a los licitadores referidos, procediendo a modificar las puntuaciones asignadas y a retirar las propuestas de adjudicación de los lotes 28/12 al licitador “UTE EDSA-AUTOCARES ALEGRIA”, 29/12 y 40/14 al licitador “UTE EDSA-IRUÑABUS” por no haber alcanzado la puntuación más alta.

En su reclamación ante este Tribunal “UTE EDSA-AUTOCARES ALEGRIA”, y “UTE EDSA-IRUÑABUS” reiteran casi literalmente los argumentos esgrimidos en el escrito presentado el 20 de enero de 2014 ante la Mesa de Contratación, sin aportar ningún dato nuevo al respecto.

De los documentos contenidos en el expediente y, especialmente, de las propias manifestaciones de las reclamantes se infiere que la nave que incluyeron en su proposición contaba con 2.542,98 m² completamente cubiertos a la fecha de presentación de la documentación para la licitación del contrato. Ello significa que, como recoge la Mesa de Contratación en su acta de 2 de abril de 2014, siendo la superficie cubierta necesaria en función de los vehículos correspondientes a los lotes que se adscriben a la instalación de 3.075 metros cuadrados, se aprecia la carencia de superficie cubierta indispensable para la asignación de puntos en aplicación de este criterio.

A esto no se podrá oponer, como hacen las reclamantes, que para poder cumplir con la exigencia del criterio se van a realizar las obras necesarias ya que el PCA es muy claro: el licitador deberá disponer de la instalación a la fecha de presentación de la documentación para la licitación del contrato, y en esa fecha la instalación no contaba con los metros cuadrados necesarios para obtener la puntuación que se le otorgó.

Por ello, es ajustado a derecho que la Mesa modifique la puntuación otorgada a las reclamantes en este apartado, fijando la puntuación de las ofertas técnicas correspondientes en los siguientes términos:

Lote 28/12, licitador “UTE EDSA-AUTOCARES ALEGRIA”, 45 puntos.

Lote 29/12, licitador “UTE EDSA-IRUÑABUS”, 45 puntos.

Lote 31/13, licitador “UTE EDSA-IRUÑABUS”, 45 puntos.

Lote 38/13, licitador “EDSA”, 45 puntos.

Lote 40/14, licitador “UTE EDSA-IRUÑABUS”, 45.

Consecuencia de lo expuesto es que en el lote 28/12 la “UTE EDSA-AUTOCARES ALEGRIA” deja de alcanzar la puntuación más alta y lo mismo sucede en los lotes 29/12 y 40/14 con el licitador “UTE EDSA-IRUÑABUS”, por lo que se ajusta a derecho que la Mesa proponga como adjudicatarios del contrato en estos lotes, modificando su propuesta anterior, a las empresas que obtienen mayor puntuación.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 212.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación en materia de contratación pública presentada por don J.L.O.A., en representación de “UTE EDSA-AUTOCARES ALEGRÍA” y “UTE EDSA-IRUÑABUS”, frente su exclusión de la licitación de los servicios de transporte escolar con vehículos de más de nueve plazas para el Curso Escolar 2013-2014 y la Resolución 300/2014, de 19 de mayo, del Director General de Recursos Educativos, por la que se resuelve parcialmente la citada licitación y desestimar su pretensión de anulación del Acuerdo de 2 de abril adoptado por la Mesa de Contratación por el que se modifican las puntuaciones otorgadas en la valoración de las ofertas técnicas correspondientes a los lotes 28/12, 9/12 y 40/14.

2º. Notificar el presente Acuerdo a las reclamantes, al Departamento de Educación y a los demás interesados que así figuren en la documentación del expediente y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona 4 de julio de 2014. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. EL VOCAL, Francisco Javier Vázquez Matilla. LA VOCAL, Sagrario Melón Vital.